

¿Crisis de identidad del juicio penal?

IDENTITY CRISIS OF THE CRIMINAL TRIAL?

Enrique Letelier Loyola¹

Resumen

Varios sistemas procesales penales de Iberoamérica se estructuran para que un número importante de casos penales no concluya en un juicio jurisdiccional, sino que en un conjunto de salidas tempranas o alternativas en las que hay poca o nula participación del imputado y de la víctima, o no reúnen las características y estándares de un proceso contradictorio. En estos casos, aunque no se dé cumplimiento al derecho a un proceso previo, el estado debe garantizar que esas salidas tempranas o alternativas reúnan los estándares del debido proceso, poniendo atención en los casos que la igualdad de armas, el derecho a ser oído, el derecho a presentar pruebas y el derecho a no declarar contra sí mismo podrían verse afectados. En caso contrario, el estado deja de cumplir su deber de garantizar, a favor de todos, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Palabras-claves

Juicio penal; salidas alternativas; debido proceso; tutela judicial efectiva.

Abstract

There are many countries in Latin America whose criminal justice systems are structured in such a way that does not allow a jurisdictional trial in a significant number of criminal cases. In these systems, prevail a set of early or alternative procedures, in which the accused and the victim have little or any participation at all, of, or do not meet in disregard of the characteristics and standards of a contradictory process. Despite dismissing the right to a prior proceeding, the State must ensure that those early or alternative departures meet the standards of due process, thus observing those cases in which relevant legal principles could be affected – equality of arms, the right to be heard, the right to present evidence and the right not to testify against oneself. By neglecting these rights, the State fails to fulfill its duty to guarantee the constitutional right to effective judicial protection.

Keywords

Criminal trial; alternative departures; due process; effective judicial protection.

INTRODUCCIÓN

El cambio de siglo ha estado acompañado de relevantes y a veces profundas transformaciones al sistema de enjuiciamiento penal en nuestro orbe; a las fértiles iniciativas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (MAIER; AMBOS; WOISCHNIK, 2000, p. 26 y sig.) se han sumado diversos países con la iniciativa de dictar códigos modernos encargados de regular, bajo el rigor de algunos principios comúnmente aceptados, dentro de los que destaca el respeto al *principio acusatorio* (ARMENTA DEU, 2012, p. 37 y sig.; GIMENO SENDRA, 2012, p. 111 y sig.) y el respeto a los postulados del estado democrático de Derecho, el no pocas veces comprendido sistema de justicia penal. Así lo han decidido, entre otros países, Argentina (1991 y 2014), Guatemala (1992), Costa Rica (1996), Chile (2000), Ecuador (2001), Perú (2004), Colombia (2004), Panamá (2008), El Salvador (2009) y México (2014).

Esto no significa que hayan comenzado a regir íntegramente y de inmediato. El Código Procesal Penal (CPP) de Costa Rica comenzó su vigencia en 2000; el de Chile comenzó a regir progresivamente en 2000 y se aplica en todo el país solo desde 2005; el de Panamá ha visto interrumpida su implementación (Ley n. 66 de 2011), recientemente retomada por ley; el de Perú aún no rige plenamente en el país ni para todas las materias. España, con su vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (LECrim), no ha sido ajena a este proceso, aunque solo permanezca en el campo de los proyectos.¹

En los países federados existen interesantes experiencias de modernos códigos estatales o provinciales. Así en México, con los Códigos de Procedimientos Penales (CPP) de Chihuahua (2006), del Estado de México (2000), de Michoacán (2012), de Morelos (2007), del Estado de Puebla (2011), de Sinaloa (2013, aún no vigente), de Veracruz (2003) y de Zacatecas (2007). Y en Argentina, entre otros, con el CPP de Neuquén (1995), de Buenos Aires (1996), del Chaco (1998), de Mendoza (1999), de Catamarca (2003), de San Juan (2003), de San Luis (2004), de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2007), de Jujuy (2007), de Tucumán (2010) y de Chubut (2010).

La fidelidad a la tendencia reformadora bajo algunos principios penales y procesales comúnmente aceptados ha reavivado algunas tensiones tal vez consustanciales a la materia de juzgamiento (DEVIS ECHANDÍA, 2012, p. 11 y sig.), algunas veces ocultas bajo los enunciados normativos de modernos códigos. Así los binomios garantías del juzgamiento *vs.* eficacia de la persecución, autonomía *vs.* independencia del Ministerio Público, pasividad *vs.* iniciativa probatoria del juez penal, rol estrictamente cautelar *vs.* rol anticipatorio de la cautela personal, prescripción *vs.* imprescriptibilidad de los delitos, proscripción de persecución penal múltiple *vs.* revisión *contra reum*; en suma, binomios de apariencia más o menos

...

¹ Para efectos académicos citaremos el último Anteproyecto de nueva LECrim presentado en España por el ministro de justicia Alberto Ruiz-Gallardón, de 2013.

justificada, que de tarde en tarde nos recuerdan los frágiles lindes entre la potestad persecutoria de los delitos y el goce de la libertad personal.

En este trabajo se ha identificado como núcleo problemático el hecho que los modernos procesos penales iberoamericanos, reconocidos como procesos reformados, contemplan una serie de institutos que, evitando la realización de un juicio como culminación del proceso jurisdiccional, con diversos fundamentos y justificaciones, no los dotan, sin embargo, de las mismas garantías de un proceso contradictorio. Se pone de relieve entonces la necesidad que los Estados, cumpliendo sus compromisos con el derecho internacional de los derechos humanos, garanticen que esos institutos alternativos al juicio provean a los justiciables de una respuesta jurisdiccional adecuada a las garantías de la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso.

Como objetivos específicos, en primer lugar, se identifican institutos que se regulan como alternativas al juicio penal; en segundo, se identifican y explican situaciones que ponen en riesgo el derecho a ser oído, el derecho a no declarar contra sí mismo y la garantías del contradictorio, entre otros núcleos problemáticos; y en tercero, se critica la necesidad que los estados adopten recaudos para garantizar que en estos casos la respuesta jurisdiccional esté revestida de los mismos estándares de calidad que provee el juicio jurisdiccional.

Aunque en general el método utilizado es el deductivo, a partir de categorías generales aplicadas a casos problemáticos, se toman como referencia ejemplar los casos de los países de Iberoamérica que a partir del año 2000 han emprendido procesos de reforma a sus sistemas de enjuiciamiento penal, en coherencia con los principios de un Estado de Derecho, sin que por ello se pretenda hacer uso de un método comparado. En ese orden de ideas, los ejemplos más citados son los de Chile, Colombia, Perú, Panamá y México, con algunas referencias al proyecto de reforma español.

I ¿CRISIS DE IDENTIDAD DEL JUICIO PENAL?

Juicio previo y única persecución penal. Estos dos suelen encabezar, en muchos códigos y leyes de enjuiciamiento penal, el listado de principios del proceso penal. Por ejemplo, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (CPPMIA) prescribe en su art. 1°:

Juicio previo. Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a una medida de seguridad y corrección, sino después de una sentencia firme, obtenida por un procedimiento regular, llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas, y de las facultades y los derechos del imputado.²

...

2 Todavía en nuestro orbe, encontramos un antecedente más remoto en el viejo CPP de la Provincia de Córdoba (Argentina), obra señera de los profesores Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde. Se leía de su

Y llevan mucha razón si apreciamos que desde antiguo los principios *ne procedat iudex ex officio* y *nulla poena sine iudicio* no hacen más que reforzar la idea que la imposición de una pena debe ser el resultado del desarrollo de un proceso jurisdiccional. Y no de cualquier proceso jurisdiccional, sino de uno que cumpla el estándar de proceso *debido*. Esta exigencia subyace desde antiguo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la que en *Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú* (sentencia de 30 de mayo de 1999) sostuvo

[...] está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral (pf. 204).³

Es una cuestión de cómo se concibe el sistema de persecución penal: en el fondo lo que subyace es el repudio a la aplicación administrativa del reproche penal. A su turno, *pro homine*, la proscripción de la persecución penal múltiple que impone el viejo principio *ne bis in idem* nos recuerda siempre que la dignidad de las personas es un poderoso freno a los poderes del Estado.

El *juicio* pareciera haberse erigido en el rito donde radica una de las actividades más complejas del proceso, la actividad probatoria, de modo que los hechos resultantes de un debate sujeto a unas más o menos definidas reglas de contradicción pueden llegar a considerarse hechos probados en juicio, siendo el supuesto fáctico de la respuesta jurisdiccional.

Existen buenas razones para reflexionar sobre la posible crisis de identidad que ya desde las postrimerías del siglo XX afecta al *juicio penal*, juicio que entendemos como la sede del debate contradictorio de las pruebas que conduce a una decisión fundada, desde que no pueden desconocerse las relaciones entre el *juicio como proceso* y el *juicio como decisión jurisdiccional motivada* (BINDER, 2002, p. 115 y sig.; NIEVA FENOLL, 2012, p. 282; BUJOSA VADELL, 2014, p. 13 y sig.). Esta crisis de identidad afectaría al juicio desde más de un flanco: por una

...

art. 1º: “*Juicio previo y Juez natural*. Nadie puede ser penado sin juicio previo conforme a las disposiciones de esta Ley, ni puede ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución”.

- 3 Recomendamos revisar también la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos *Barreto Leiva vs. Venezuela* (sentencia de 17 de noviembre de 2009, pf. 38), *Bayarri vs. Argentina* (sentencia de 30 de octubre de 2008, pf. 101), *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (sentencia de 29 de enero de 1997, pf. 74), *Salvador Chiriboga vs. Ecuador* (sentencia de 6 de mayo de 2008, pf. 56), *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (sentencia de 26 de noviembre de 2010, pf. 140), y *Dacosta Cadogan vs. Barbados* (sentencia de 24 de septiembre de 2009, pf. 85).

parte, parece que el juicio penal es hoy cada vez más prescindible; por otra, suelen anticiparse actos propios del juicio a etapas previas que poco tienen de tal; por otra, hay algunas instituciones y formas de ser del proceso que podrían atentar contra el principio de contradicción.

Aunque se afirme que el juicio es el momento culminante de todo proceso penal, en estos días ese aserto debe relativizarse pues “una gran parte de los procedimientos penales [sic] termina sin juicio oral...” (ROXIN, 2000, p. 358). Empero se resalta que el juicio es la única oportunidad procesal en que el derecho a ser oído está tan desarrollado (tanto para las partes cuanto en el examen y contra examen de la prueba), siendo que además ofrece al acusado mejores oportunidades para lograr la absolución o una condena menos gravosa (ROXIN, 2000, p. 358).

2 PROGRESIVA PRESCINDENCIA DEL JUICIO

Es paradójal que los modelos normativos, colocando al juicio penal como una gran garantía del imputado, generalmente reconocida en las primeras normas generales de los cuerpos legales, a poco andar regulen en estas figuras e instituciones que con mayor o menor potencia evitan el juicio. No solo las negociaciones de culpabilidad y de pena que siguen más o menos de cerca las fórmulas negociadoras *plea bargaining* y *guilty plea* del modelo angloamericano (ARMENTA DEU, 2012, p. 128 y sig.) evitan el juicio, sino también la ocurrencia de una serie de actos administrativos y procesales, como decisiones de no investigar, archivos provisionarios, inadmisión de querellas, aplicación del principio de oportunidad (reglados o libres), suspensión del proceso a prueba, mediaciones y sobreseimientos, institutos todos que, ya sea evitando la investigación o limitando el ejercicio de la acción, trasuntan finalmente la omisión de un juicio penal.

Con ese panorama, formulamos una primera pregunta: ¿son coherentes con la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva los sistemas de enjuiciamiento penal que, por una parte, reconocen y garantizan a los justiciables el derecho a un juicio penal con ciertos estándares y, por otra, crean varias y variadas alternativas al mismo, muchas en las que ni el imputado ni el ofendido por el delito intervienen con su voluntad? Esta posible dicotomía entre derecho a la jurisdicción, en su manifestación del derecho a provocar un proceso jurisdiccional que culmine en una sentencia motivada y una serie de potenciales y tempranas alternativas al juicio, puede plantearse de otra forma: supuesto que el Estado no puede abrogar la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva ni los estándares del debido proceso ¿es solo el juicio penal, puesto que hablamos desde este tipo de conflictos jurídicos, la institución que satisface plenamente el estándar del derecho a la tutela judicial efectiva?

No está de más agregar que en que nuestra visión el derecho a tal tutela incorpora inescindiblemente el derecho al acceso a la jurisdicción, en sus diversas dimensiones, y el derecho a una respuesta jurisdiccional eficaz, pronta y motivada. En este sentido, se ha declarado por el Tribunal Constitucional (TC) español que el derecho a la tutela judicial efectiva supone “el derecho a obtener una decisión motivada sobre la pretensión deducida” (Sentencia del

Tribunal Constitucional (STC) 162/2001, de 5 de julio de 2001) y por el TC colombiano (STC 678/2003, de 6 de agosto de 2003) que:

[...] es manifestación concreta de los derechos fundamentales a acceder a la justicia, a la defensa y al debido proceso. Este derecho se vulnera cuando las autoridades judiciales [...] no ejercen las funciones a ellas atribuidas en materia de defensa y protección de los derechos fundamentales y restan así toda efectividad del goce de los mismos por parte de sus titulares.

El derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso tienen, a nuestro entender, una clara dimensión prestacional, pues imponen al Estado el deber de organizar el sistema jurisdiccional de tal forma de poder satisfacer esos estándares en interés de los justiciables. Así lo ha sostenido la Corte IDH (caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, pfs. 166 y 167), declarando:

[...] el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”, y que la obligación de garantía “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

En las líneas que siguen nos referiremos a tres de los institutos mencionados, que tienden hacia la evitación del juicio penal: la incorporación normativa del principio de oportunidad, los acuerdos penológicos y la mediación penal.

3 SOBRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Nada innovador diremos sobre el principio de oportunidad ni de los criterios que le dan aplicación normativa, recordando sí que la doctrina procesal suele oponer teóricamente el principio de legalidad al de oportunidad (GIMENO SENDRA, 1981, p. 192 y sig.; ROXIN, 2000, p. 89 y sig.; MAIER, 2004, p. 828 y sig.; NIEVA FENOLL, 2012, p. 19 y sig.). El reconocimiento del binomio legalidad *vs.* oportunidad suele despertar algún escozor entre quienes defienden a ultranza la legalidad en la persecución penal; pero confrontar opuestos no siempre conduce a resultados provechosos, aunque es posible observar en el derecho comparado modelos de discrecionalidad absoluta y discrecionalidad reglada u oportunidad restringida (DUCE; RIEGO, 2007, p. 185 y sig.).

En nuestros sistemas jerarquizados de administración de justicia el principio de oportunidad no reglado parece jurídicamente imposible de aplicar, porque dotaría al órgano persecutor de una poderosa herramienta que muy probablemente los órganos de adjudicación penal no estarían dispuestos a dejar de controlar. Por otra parte, parece imposible que el estado investigue todos los hechos aparentemente delictuosos con los medios de que disponga y con resultados razonables, por lo que la aplicación del principio de oportunidad, no obstante las dificultades teóricas en su construcción, permite a las autoridades tomar decisiones relevantes en materia de política criminal y persecución penal (VOLK, 2016, p. 254); además, una cosa es que el sistema y sus actores propendan hacia el máximo rendimiento del principio de legalidad en la persecución penal y otra, que materialmente ello sea posible. Con claridad lo explica el profesor Julio Maier (2004, p. 824):

...nuestro discurso jurídico (*principio de legalidad*) camina por una acera y la realidad (*principio de oportunidad*) transita por la vereda de enfrente y en sentido inverso; expresado de modo más directo: los juristas sostienen, especulativamente, el *principio de legalidad*, como criterio de justicia rector de la persecución penal, y la práctica concreta selecciona de diversas maneras los casos a tratar y el tratamiento que reciben ya dentro del sistema, aplicando *criterios de oportunidad*.

En España, donde se reconoce la plena vigencia del principio de legalidad casi como dogma (NIEVA FENOLL; BUJOSA VADELL, 2016, p. 2223), la LECrim permite descomprimir alguna actividad investigativa habilitando al juez de instrucción a desechar algunas denuncias (art. 269), pero solo en la hipótesis de inexistencia del hecho denunciado (“denuncia falsa”) de falta de tipicidad, no pudiendo el juez apreciar otras circunstancias que implicarían desplegar una actividad de investigación (GIMENO SENDRA, 2012, p. 254 y sig.; otras manifestaciones en LETELIER LOYOLA, 2009, p. 221-223).

Pero manifestábamos que, en nuestros modelos jerarquizados de administración de justicia, en que no solo las decisiones jurisdiccionales están sujetas a control sino también los actos de los órganos que intervienen en las diferentes etapas del proceso, el principio de oportunidad no puede ser sino reglado, estableciéndose por la ley los *criterios objetivos* de oportunidad. Ese es modelo normativo que utilizan, por ejemplo, el CPP de Chile (art. 170); el CPP de Colombia (artt. 114.2 y 324, que contiene un extenso catálogo de *causales* de oportunidad); el CPP de Panamá (art. 212, que contiene un catálogo de *criterios* de oportunidad); el art. 2 del CPP del Perú; el CPPN Argentina (CPPN) (art. 31 que enumera los criterios de oportunidad); y la Ordenanza Procesal Penal alemana (*StPO*) y su profusa regulación de las conductas delictuosas insignificantes y de interés disminuido en la persecución penal (§ 153, § 154, § 154 e). Por los mismos cauces discurre el *Anteproyecto* LECrim (art. 58), reconociendo un principio de oportunidad reglado por la ley y facultando al agente del Ministerio Fiscal (MF) para apreciar discrecionalmente la concurrencia del supuesto fáctico de la

oportunidad, sin perjuicio del control judicial de los elementos que permiten la aplicación de este principio.

Esta opción parece ser correcta, desde que si por la aplicación del principio de oportunidad se puede “disponer la finalización del proceso de manera anticipada” (NIEVA FENOLL; BUJOSA VADELL, 2016, p. 20) evidentemente su aplicación se traduce en un límite al ejercicio de la potestad persecutoria estatal y al ejercicio del principio de legalidad penal en sede procesal. Así las cosas, si la justificación del respeto al principio de legalidad es que se trata a su vez de una manifestación del principio de *oficialidad* en la persecución penal y la atribución de las funciones de investigar, acusar y juzgar a agentes públicos distintos (LETÉLIER LOYOLA, 2009, p. 221) que a su vez hallan su competencia en normas constitucionales y legales, el otorgamiento de márgenes de discrecionalidad al Ministerio Público (MP) para actuar o dejar de hacerlo frente a situaciones particulares (ARMENTA DEU, 2007, p. 33-34), que permite el principio de oportunidad, debe estar regulado en una fuente del mismo rango que el principio opuesto, todo ello, finalmente, por respeto a los principios de igualdad ante la ley y de seguridad jurídica.

No pocas dudas se plantean frente a la aplicación en nuestros modelos del principio de oportunidad, al punto de afirmarse que tanto que “se ha transformado hace tiempo en un instrumento confuso desde el punto de vista teórico, pero irrenunciable en la práctica” (VOLK, 2016, p. 254). Uno de los cuestionamientos apunta al rol jurisdiccional que se otorgaría al MP:

En nuestra opinión, la implantación del principio de oportunidad comporta problemas teóricos importantes de naturaleza del ministerio fiscal, que es casi equiparado con un juez. Por otra parte, el hecho de que motivos políticos puedan permitir la falta de persecución de un delito puede atentar contra el principio de igualdad. Pero en la práctica, el hecho de que un fiscal, o un tribunal en su caso, puedan otorgar prematuramente el perdón puede ser muy arriesgado, además de olvidar que la víctima también debe tener un lugar importante en el proceso penal. (NIEVA FENOLL, 2012, p. 20)

Según vemos, dos de esas prevenciones pueden salvaguardarse si existe un correcto control jurisdiccional en la aplicación de un principio de oportunidad que siga criterios fijados por la ley; sobre el último aspecto, relacionado con el rol de la víctima, no debe olvidarse que la finalidad más relevante del proceso penal es la de constituir un *límite público y regulado* a la aplicación de la potestad punitiva estatal, posición que coadyuva con la realización del derecho penal material, la protección personal del sujeto pasivo de la persecución penal y la recomposición de la paz y la seguridad jurídicas (MAIER, 2004, p. 84 y sig.).

3.1 PARTICIPACIÓN DEL OFENDIDO EN EL PROCESO PENAL

Los conocidos criterios de oportunidad que se extienden por los sistemas comparados, relativos a la escasa lesividad del ilícito (el principio de *ofensividad*, como denomina la ciencia

jurídica pena, ya se trate de una versión fuerte o débil, a nuestro entender sigue siendo un factor relevante en la respuesta punitiva estatal) (véase CABEZAS, 2013, *passim*), a la extemporaneidad de la reacción penal, a la satisfacción oportuna del ofendido y a su perdón. Como se aprecia, varios criterios sí consideran la situación en que se encuentra la víctima puesta en relación con la que tenía antes de la conducta delictuosa.

La evolución del proceso penal desde un modelo acusatorio primitivo, con amplia participación de la víctima, hacia los modelos reglados inquisitivos y su paso a los sistemas mixtos con vigencia del principio acusatorio, ha dejado a la víctima en un rol de promotora de la acción penal bastante secundaria, desde que la potestad de penar no es de titularidad de las víctimas ni de los particulares, sino en general del Estado (NEIRA PENA; FERREIRO BAA-MONDE, 2016, p. 49). Y sin perjuicio que es altamente probable que además de un interés resarcitorio y de reparación del daño la víctima tenga otros intereses en el proceso penal, como el interés en la *justicia* (NIEVA FENOLL, 2012, p. 71), no puede dejar de desconocerse que hoy el acento sigue puesto en el quebranto a la norma penal: el conflicto entre el Estado y ofensor es relevante en cuanto ha quebrantado el ordenamiento jurídico penal.

Desde ese punto de mira es preciso qué *interés jurídicamente protegido* detenta hoy la víctima en el seno de un proceso penal, pregunta que nos recuerda que la víctima es un sujeto del proceso penal, cuya presencia ha resultado, muchas veces, incómoda y que no siempre ha gozado del mismo estatuto jurídico, aunque en los últimos años, los sistemas han tendido a mejorar su estatuto jurídico como *sujeto* del proceso penal: desde la víctima actuando como querellante y actor civil (v.g. artt. 78 y 87 CPPMIA), hasta su posicionamiento como un sujeto cuyos intereses han de ser tutelados por el Estado, bien promoviendo la reparación de los daños, bien respetando su derecho al debido proceso y a un trato humano y digno (v.g. artt. 6 CPP de Chile y 11 CPP de Colombia; BUJOSA VADELL, 2014, p. 42). En el derecho internacional de los derechos humanos el estatus de la víctima ha experimentado también un desarrollo notable (GALDAMEZ ZELADA, 2007, *passim*; OLÁSOLO; GALAIN, 2010, p. 379 y sig.).

Si el conflicto penal es una cuestión que supera el ámbito del propio interés del ofendido, parecería justificarse que los sistemas no contemplen la participación de la víctima cuando alegue un interés en la persecución penal. Algunos ordenamientos comparados entregan al MP el monopolio de la persecución penal, tanto en la decisión de investigar cuanto en la de abstenerse, de suerte que la víctima tiene poco que decir en esta materia. En estos casos y en la sede de un proceso penal, la víctima solo puede hacer valer sus intereses patrimoniales.

Hay sistemas que contemplan diversos ilícitos penales en que la promoción de la persecución y del juicio penal quedan exclusivamente en manos de la víctima (delitos de acción penal privada) y hay los que para cuya investigación es presupuesta la necesaria petición del ofendido (delitos de acción penal pública previa instancia particular o delitos dependientes de instancia privada) (ROXIN, 2000, p. 83-86). En los casos que conocemos (que son habitualmente similares en los distintos sistemas) parece que la persecución penal sí cede a favor de esos intereses del ofendido, pues la lesión que éste acusa a un bien jurídico suyo es una

cuestión más de interés particular que colectivo.⁴ Por ejemplo, el catálogo de la *StPO*, § 374, es bastante ilustrativo de lo que venimos diciendo, en cuanto a los intereses protegidos por los tipos penales de acción privada. El Código Penal alemán (*StGB*) considera, entre otros, delitos de acción penal privada el allanamiento de morada (§ 123 *StGB*), violación a la privacidad de la correspondencia (§ 202 *StGB*), determinadas lesiones de baja entidad (§ 223 y 229 *StGB*), acoso y amenazas (§ 238.1 y 241), daños a la propiedad ajena (§ 303 *StGB*), delitos cometidos en estado de embriaguez auto provocada (§ 323a *StGB*) y determinados delitos que atentan en contra de la libre competencia. En el ámbito iberoamericano, por ejemplo, son delitos de acción penal privada según el art. 19 del CPP de Costa Rica los delitos contra el honor, la propaganda desleal y cualquier otro delito que la ley califique como tal; en el CPP de Chile (art. 55) son delitos de acción penal privada la calumnia y la injuria, la provocación al duelo, entre otros y son delitos de acción penal pública previa instancia particular (art. 54) las lesiones menos graves y las lesiones leves, el allanamiento de morada, la violación de secretos profesionales y las amenazas, entre otros; en el CPP de Colombia (art. 74.2) para ejercitar la acción penal se requiere de querrela del ofendido, entre muchos, en los delitos de inducción o ayuda al suicidio, lesiones personales sin secuelas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta días, lesiones personales con deformidad física transitoria, aborto preterintencional, lesiones personales culposas; violación a la libertad religiosa; injuria y calumnia; violencia intrafamiliar; inasistencia alimentaria; malversación y dilapidación de los bienes de familiares; acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones; infidelidad a los deberes profesionales.

Esa es una justificación bastante tradicional y aparentemente simple que, empero, debe ser sometida a continuas revisiones; de lo contrario, se corre el riesgo que los sistemas se vuelvan rígidos. Desde la perspectiva de los bienes jurídicos tutelados, la constante proliferación de tipos penales lleva a preguntarse cuando y bajo qué criterios la lesión de uno u otros es una cuestión de interés privado o colectivo. Y los criterios no deberían ser sino objetivos u *objetivables*, pues estamos hablando del interés en la persecución penal, elemento necesario para configurar la legitimación en la solicitud de tutela jurisdiccional.

3.2 INTERÉS EN EL CONFLICTO JURÍDICO VS. TUTELA PROCESAL DEL INTERÉS

Si analizamos tres simples casos, podríamos poner en duda la idea que el interés de la víctima se halle adecuadamente protegido en sede procesal.

...

4 De modo que tampoco se justificaría la función de prevención general que se quiere atribuir a las penas privativas o restrictivas de derechos. De todas maneras, las críticas a la idea de la prevención, general o especial, como fin de las penas privativas o restrictivas de derechos, en cuanto entiende al ser humano como un ente cuya conducta pueda ser determinada por la misma pena, nos parecen de mucha actualidad. Véase Rivacoba (1995, p. 41 y sig.).

La primera referencia la merecen los delitos de injurias y calumnias, que han sido tradicionalmente materia de los procedimientos de acción penal privada; así, por ejemplo, en el modelo tradicional de las LECrim (art. 104 pf. 2º). Lo mismo en el CPP de Chile (art. 55 letra a), en el CPP de Colombia (art. 74.2), en el CPP de Costa Rica (art. 74), CPP de El Salvador (art. 28 n. 1) y CPP de Panamá (art. 114.1). Pero hoy, época en que la información tiene tanto valor y se transmite por sendas y velocidades insospechadas, cabe preguntarse si la protección de honra de las personas es una cuestión que interese solo al ofendido o más bien a la comunidad toda. En otras palabras, dudamos si los atentados a la honra de las personas a través de medios comisivos que garantizan inmediata y extendida difusión son un problema de relevancia penal que interese solo al ofendido o bien a la sociedad en su conjunto.

Lo dicho también podría predicarse de los delitos que atentan contra la privacidad de las comunicaciones, pues si la protección de los datos de carácter personal es una cuestión de la que los sistemas progresivamente se han hecho cargo a través de herramientas que resaltan su naturaleza de derecho fundamental, ¿parece coherente que las conductas delictuosas asociadas a estos bienes jurídicos permanezcan hoy agrupadas en las que afectan solo intereses privados? Al parecer la tutela de la intimidad y la privacidad es una cuestión que interesa a alguien más que al propio ofendido. Ello justificaría la estructuración de instituciones y procedimientos para el resguardo de datos personales, que incluso traspasan fronteras; por ejemplo, en Europa la institución del Supervisor Europeo de Protección de Datos (*European data Protection Supervisor*).⁵

Se observa, por otra parte, que varios ordenamientos permiten la persecución *ex officio* por el MP de los delitos contra la propiedad, aun de baja entidad. En Chile el *quantum* de lo hurtado no determina el tipo de acción que permite perseguir la conducta, sino la pena que se pudiera imponer al responsable y el procedimiento que asume el proceso. Eventualmente, la baja cuantía de lo hurtado permite al MP aplicar el principio de oportunidad (art. 170 CPP). Frente a esta situación planteamos dos cuestionamientos:

a) Cabría preguntarse si en la actualidad se justifica que muchos atentados a bienes jurídicos de índole patrimonial sean considerados de interés colectivo y perseguibles por acción pública o incluso popular, siendo que el Estado, organización que debería satisfacer las necesidades comunes – al menos las indispensables para la subsistencia –, ha ido depositando progresivamente esta tarea (suministro, administración y protección) en manos de los particulares. En concreto, ¿parece hoy razonable que el Derecho Penal y el sistema encargado de su aplicación y tutela, por medio de una excitación de la función jurisdiccional, protejan, por ejemplo, los atentados al patrimonio de las cadenas de supermercados o de los grandes *retails*?

...

⁵ Disponible en: <https://edps.europa.eu/edps-homepage_en>. Acceso en: 26 marzo 2018.

b) Si el derecho a la propiedad privada y a la libertad económica son considerados, en muchos modelos, un reducto que oponer a la actividad económica del Estado, ¿es coherente que la víctima tenga poco y nada que decidir a la hora de promover, dirigir o poner fin a la persecución penal, ante las conductas delictuosas que afecten bienes jurídicos de carácter patrimonial? Siguiendo con el ejemplo de la nota anterior, es muy dable suponer que, en un esquema de libre mercado, las cadenas de grandes tiendas trasladen el coste de los riegos de robos y hurtos al consumidor, recargando finalmente en el precio el valor de las primas de los contratos de seguro.

3.3 EL INTERÉS JURÍDICAMENTE PROTEGIDO DE LA VÍCTIMA EN SEDE PROCESAL

Si hoy no cabe duda que la víctima es un sujeto del proceso penal, un centro de interés —así evitamos incomodidades llamándola parte—, habrá que preguntarse qué interés hace valer en esta sede. Y como sostenemos que el *interés jurídicamente tutelado* está íntimamente vinculado con los *derechos* que pueden invocarse en el proceso, habrá que coincidir en que a la víctima le interesa el desarrollo de una investigación y un proceso en el que sea oída, con las garantías debidas, que concluya con una sentencia debidamente motivada y dictada dentro de un plazo razonable, pues a todo ello tiene derecho; en otras palabras, tiene derecho a provocar un proceso jurisdiccional (*ius ut procedatur*). Tiene también un interés jurídicamente protegido —no cabe duda— en quedar indemne de las lesiones a su patrimonio (cuando han existido), pues ha de reconocérsele el derecho a mantener la integridad de su patrimonio.

Pero ¿tiene la víctima un interés jurídicamente protegido en la aplicación de una pena? Si la pena es la manifestación paradigmática del derecho penal, nos inclinamos por una respuesta negativa, pues la víctima no es titular ni tiene derecho de disposición sobre ella.

Con ese predicamento, entonces, y hablando de los intereses jurídicamente protegidos, ¿bajo qué figuras es posible que la víctima concorra en un proceso penal frente a la concreción del *ius puniendi*?

a) La víctima podría asistir como un mero espectador, posición que carece de sentido en los sistemas que han mejorado progresivamente su estatuto, reconociéndola como un centro de interés. Esta mejoría en su estatuto jurídico ha sido ostensible en los últimos años. En España, por ejemplo, se ha traducido en la posibilidad de acumular pretensiones resarcitorias al proceso penal (art. 100 LECrim), en la de concretar la justicia restaurativa a través de la mediación penal en materia de responsabilidad penal del menor (Ley n. 5/2000, de 12 de enero), en la especial tutela cautelar de la víctima de violencia doméstica (Ley n. 27/2003, de 31 de julio), en la tutela especial a las víctimas de violencia de género (Ley Orgánica n. 1/2004, de 28 de diciembre) y en la posibilidad de hacer efectiva a responsabilidad civil subsidiaria del Estado por error judicial (artt. 292-297 Ley Orgánica del Poder Judicial - LOPJ) (GIMENO SENDRA, 2012, p. 60).

b) También podría concurrir activamente, promoviendo la persecución penal y la aplicación del derecho penal, hipótesis peligrosa cuando el órgano público encargado de lo mismo es de opinión contraria, pues no parece sistémicamente razonable —aunque sí factible en la realidad— que si el órgano oficial titular del *ius persecuendi* decide que una conducta no merece reproche penal y por tanto no lo requiere, la víctima, que carece de titularidad sobre la pena, inste por ello. En Chile, por mandato constitucional y legal, corresponde al MP el ejercicio de la acción penal y la dirección de la investigación, mas no se priva por ello su ejercicio a otras personas (art. 83 Constitución Política de la República - CPR). Por lo general la víctima puede actuar como querellante y, si el MP decide acusar, como acusador particular. Pero en el evento que el MP decida comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento (art. 248, letra c, CPP) o de solicitar que se declare el sobreseimiento definitivo de la causa (art. 250 CPP), el querellante puede instar por el *forzamiento de la acusación*, pudiendo lograr, incluso, que el juez de garantía lo autorice para continuar por sí solo con la acusación, llevando la causa a juicio oral (*vide* art. 258 CPP de Chile). No se trata que el sistema reconozca *per se* en la víctima titularidad alguna sobre el *ius persecuendi*, mas sí el derecho de ocupar el lugar del MP cuando éste ha decidido no proseguir con la persecución.

c) Una tercera opción es que la víctima concorra en el proceso interesada en la aplicación de la pena con fines de prevención, hipótesis que supondría admitir los fines preventivos de la pena y en interés de la víctima, siendo que, en general y de admitirse tales fines, la prevención interesa a la sociedad toda.

d) Como cuarta figura y sin reconocer a la víctima más intereses jurídicamente tutelados que su derecho a un proceso jurisdiccional, a una sentencia motivada y a la reparación de los perjuicios sufridos, el ejercicio de tal derecho pudiese incidir en los destinos del proceso penal.

La postura que defendemos es que resulta necesario hallar al interior de los sistemas jurídicos las instituciones que permitan que los dos intereses jurídicamente protegidos de la víctima, es decir, uno que nace de su derecho a una investigación penal, al proceso jurisdiccional y una respuesta jurisdiccional motivada y otro que emana del derecho a la reparación de sus bienes jurídicos lesionados y de que pueda disponer, tengan relevancia en la suerte del proceso penal. La noción de justicia restaurativa puede ser de gran utilidad.

Si la víctima de un atentado contra alguno de sus bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial ha sido reparada en la lesión, con su conocimiento y consentimiento, ¿tiene sentido continuar con la persecución penal? Insistimos en el punto con un simple análisis económico: si muchos Estados modernos, alejándose del modelo de estado de bienestar, han dejado en manos de los particulares la satisfacción de las necesidades humanas que se subvienen con la posesión y consumo de bienes, ¿debería insistirse en el castigo penal cuando la lesión ha sido reparada? Nos parece que la voluntad de la víctima, satisfecha en su pretensión

de quedar indemne, debe ser una poderosa señal al Estado para que se abstenga de perseguir penalmente al ofensor, al menos en determinadas categorías de delitos tomando en cuenta los bienes jurídicos ofendidos y el principio de lesividad.

Ahora bien, cuando la conducta ilícita es de escasa lesividad (delincuencia *bagatelaria*), correspondiendo un reproche penal de muy baja entidad, no tiene sentido que el Estado ponga en movimiento el aparato persecutor; así, por ejemplo, en los “asuntos de bagatela” según la *StPO* (§ 153) el MP alemán puede prescindir de la persecución penal (GÖSSEL, 2007, p. 332 y sig.). El reproche penal de baja entidad precisamente demuestra que estas penas carecen de una finalidad de prevención: parece poco probable que el agente, enfrentando a una pena suave, se abstenga de ejecutar una conducta. Más bien refuerza la idea que la única finalidad de las penas privativas o restrictivas de derecho es la retribución penal. Y si volvemos sobre lo dicho, ¿la víctima está interesada —en el sentido de interés tutelado jurídicamente— en la mera retribución penal?

4 LOS ACUERDOS PENOLÓGICOS

Parecería bastante rupturista pretender que en el proceso penal se admita el principio de disponibilidad procesal y todavía más, que las partes (acusador público, querellante y acusado) puedan disponer a su arbitrio de las penas; inmediatamente operarían, en resguardo, los principios de oficialidad de la investigación y legalidad de las penas. Pero ello no puede impedir que reconozcamos una realidad inminente: los sistemas de enjuiciamiento penal admiten variantes de negociaciones de culpabilidad y de pena que ponen fin al proceso penal mediante una sentencia que goza de los atributos de la cosa juzgada. Ya se denominen conformidades, acuerdos de pena, procedimientos abreviados, *guilty plea* o *plea bargaining*, lo cierto es que un número importante de las causas que se tramitan anualmente son absorbidas por estos procedimientos (nos resistimos a llamarlos juicios), en cuya base sustancial se halla una negociación: el acuerdo del acusado en orden a aceptar una propuesta del MP para que aquél acepte determinada imputación que incluye una determinación fáctica con consecuencia jurídico penal, a cambio de un trato penológico más favorable del que recibiría si en el juicio resulta condenado. En otras palabras, con múltiples variables, es la renuncia del acusado a su derecho a un juicio penal, a cambio de un trato penológico más favorable del que recibiría si fuese condenado en un juicio. En otras palabras, con múltiples variables, es la renuncia del acusado a su derecho que el Estado pruebe, bajo reglas de *adversarialidad* y contradicción, su responsabilidad penal en unos hechos que se consideran probados bajo iguales reglas de *adversarialidad* y contradicción.

La institución es conocida en España bajo la figura de las conformidades (v.g. artt. 784.3, pf. 2º, y 787 LECrim); como procedimiento abreviado en Chile (artt. 406 y sig. CPP) y México (artt. 201 y sig. CNPP), preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado en Colombia (artt. 348 y sig. CPP); como acuerdos en el CPP de Panamá (artt. 220 y sig.). En el derecho norteamericano, la negociación del *plea bargaining* puede consistir o bien en que le

fiscal requiera la imposición de una pena menor a la que obtendría el imputado si resulta condenado en juicio, o bien en que el primero recalifique jurídicamente los hechos sobre los que el imputado ha de declararse culpable. En ambos casos, por la declaración sobre su culpabilidad el imputado obtiene una pena más baja que la que arriesga en juicio oral. La negociación sobre la pena está en el corazón del procedimiento:

Esto es lo que constituye uno de los principales incentivos para los imputados en el sistema de justicia criminal norteamericano para renunciar a su derecho a juicio y preferir la imposición de pena, previa declaración de culpabilidad. (DUCE; RIEGO, 2007, p. 191)

Estos acuerdos constituyen una realidad que no podemos desconocer y que el legislador utiliza para lograr diversos propósitos: desde descomprimir las posibles o concretas sobrecargas de trabajo de los Tribunales de juicio, hasta lograr un resultado más acorde con *lo justo*. Sobre el punto, merece la pena destacar la institución colombiana de los preacuerdos en el proceso penal, cuyo ámbito objetivo de aplicación parece ser bastante amplio. La negociación puede incidir en:

los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes igualmente caracterizadas, en las formas concursales [...], la variación de los contenidos y alcances de las resoluciones acusatorias, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, la privación preventiva de libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de lesión del bien jurídicamente tutelado. (GÓMEZVELÁSQUEZ; CASTRO CABALLERO, 2010, p. 88)

Los propios términos del art. 348 del CPP colombiano referidos a la institución de los *preacuerdos* son muy esclarecedores:

Con el fin de *humanizar la actuación procesal y la pena*; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso. (relieve nuestro)

En el mismo país, junto con los preacuerdos, existe otra forma de aceptación de cargos: la *aceptación unilateral de cargos* por parte del imputado o acusado (artt. 288.3, 293, 356.5 CPP). Ambas son modalidades de terminación anticipada del proceso “que comportan en su

esencia aceptación de responsabilidad por arte del imputado o acusado [...]”, siendo una de tipo unilateral y la otra, pre acordada (GONZÁLEZ NAVARRO, 2014, p. 1524-1526).

Hay, no obstante, escenarios de riesgo que deben atenderse. En los puntos que siguen, refiriéndonos siempre a las negociaciones de culpabilidad y pena, llamaremos la atención sobre tres situaciones anómalas y riesgosas que pueden transformar a esas figuras en instituciones perniciosas: la pervivencia del juez de instrucción, la falta de un control material sobre la fundabilidad de la acusación y las oportunidades para promover negociaciones de pena. Advertimos desde ya, de acuerdo con Jordi Nieva, que en el panorama comparado de la conformidad se identifican posibles vulneraciones importantes al derecho a guardar silencio, al derecho a no auto inculparse, al derecho a la presunción de inocencia y a la esencial indisponibilidad del objeto del proceso penal (NIEVA FENOLL, 2012, p. 219 y sig.).

4.1 PERVIVENCIA DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

Existen sistemas de enjuiciamiento penal que, admitiendo aun la vieja figura del juez de instrucción, permiten que éste a la vez conozca los presupuestos y resuelva las conformidades penales. Esta situación, amén de poner en riesgo el derecho a la imparcialidad del juzgamiento, pone en jaque uno de los presupuestos del principio acusatorio: la necesaria separación de los roles de investigar y juzgar. Ciertamente que España, en la figura de la conformidad prestada ante los Juzgados de Guardia (art. 801 LECrim), resulta muy criticable.

Profundizando más en la crítica somos del parecer que cualquier juez, de instrucción o de garantía (según el sistema) que durante el curso del proceso adopte medidas cautelares personales queda *prevenido* para el futuro conocimiento de un asunto, incluso bajo la forma de los acuerdos que venimos hablando. En este sentido las advertencias de la profesora María del Carmen Calvo Sánchez nos parece muy actuales:

[...] no olvidemos la importancia que las apariencias tienen en cuanto al cumplimiento de la garantía de la imparcialidad objetiva y el papel que éstas juegan en la vulneración del 6.1 del Convenio [CEDH]... (CALVO SÁNCHEZ, 1990, p. 1095-1096).

4.2 AUSENCIA DE CONTROL SOBRE LA FUNDABILIDAD DE LA ACUSACIÓN

Los sistemas que impiden al juez de garantías que conoce de la fase intermedia, preparatoria o preliminar —las nomenclaturas pueden variar tanto para el juez como para la fase— ejercer un control negativo sobre la acusación, esto es la fundabilidad de la misma (v.g. Chile, Panamá), malamente permiten al mismo juez evitar las conformidades sobre acusaciones infundadas, por lo que muchas veces la inexperiencia, desidia o falta de aptitudes técnicas del defensor provocan que el acusado acepte conformidades con resultados más perniciosos que los que habría sufrido de enfrentar un juicio penal (LETELIER LOYOLA, 2012, p. 229 y sig.).

4.3 LA OPORTUNIDAD PARA PROMOVER NEGOCIACIONES DE PENA

En algunos casos la ubicación temporal de las conformidades es inadecuada. En tal sentido el legislador español actual —esperamos que el futuro no incurra en el mismo error— permite conformidades una vez que ya se ha ordenado la apertura del juicio. Nos parece que la sede natural de los acuerdos sobre culpabilidad o pena no es sino la fase preparatoria del juicio, pues precisamente lo que se quiere evitar es la realización de un juicio y de todos los actos previos pero subsiguientes a la orden de su apertura.

La acertada colocación de los acuerdos penológicos en sede de la audiencia preliminar (*v.g.* Panamá, Chile, México) provoca que quienes deben discutir sobre su procedencia, acusadores y acusado, pongan todos sus esfuerzos en el resultado de la empresa y no se guarden para más adelante argumentos que podrían haber esgrimido antes (por ejemplo, la admisión de defectos de prueba, el reconocimiento o renuncia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, la modificación de otras circunstancias que incidan en el reproche penal como alteraciones en el *iter criminis* y la participación penal, la recalificación jurídica de los hechos, entre otras).

5 LA MEDIACIÓN PENAL

Es un tema que sin duda se halla en las más actuales discusiones acerca de los fines y funciones del proceso penal. Asumiendo su procedencia en este tipo de conflictos y cualquiera sea su configuración (*intra* o extraprocesal, con o sin intervención de letrados, durante la investigación o una vez agotada), la mediación penal supone necesariamente considerar los intereses jurídicamente protegidos de la víctima, en particular en la reparación de los daños que la conducta ilícita le ha causado, y su éxito evita la realización de un juicio. En otras palabras, las partes del conflicto penal que se someten a mediación lo hacen con la expectativa de evitar un proceso penal o un juicio, en un modelo que comporta mayor participación de la víctima y fortalece el rol del imputado como sujeto de derechos (RUSCONI, 2008, p. 16 y sig.).

El Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) acordó en su 37ª sesión plenaria de 24 de julio de 2002, la Resolución n. 2/2002 sobre “Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal”, en cuyo preámbulo destaca aspectos sustantivos del modelo de justicia restaurativa:

Recalcando que la justicia restitutiva es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades, [...]

Consciente de que este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa; permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad:

y permite a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia.

Así cuando entramos en los terrenos de la *justicia restaurativa* y el reposicionamiento de la víctima en el proceso penal como un núcleo de intereses, vale la pena preguntarse sobre la utilidad el juicio penal. Esto se afirma pues es una característica esencial de la justicia restaurativa, a diferencia del modelo clásico de la justicia retributiva, que tanto víctima como victimario participen activamente en la solución del conflicto por medio de un proceso dialógico en el que, por general, interviene un tercero facilitador, pues el enfoque sobre el injusto cambia. El delito deja de ser considerado, al menos exclusivamente, una infracción a una norma penal para considerarse principalmente una acción que causa daño a otro (ofendido) y a la sociedad (ANGULO GONZÁLEZ, 2006, p. 6-7).

Las finalidades o *resultados restaurativos* de la mediación pueden ser variadas: el resarcimiento del daño, la realización de una conducta o su abstención, la prestación de servicios a favor de la comunidad, la petición de perdón u otras (ANGULO GONZÁLEZ, 2006, p. 43-46).

Las experiencias en mediación penal no son numerosas; empero, no es una vía que por esa razón no haya de ser promovida y desarrollada. En Iberoamérica existen interesantes experiencias sobre mediación penal en Argentina, con ingente aplicación en la Provincia de Buenos Aires (Ley n. 13.433, de 21 de diciembre de 2005 y publicada en enero de 2006, para todos los casos iniciados en la Provincia de Buenos Aires en que intervenga el MP Fiscal), en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materias de fuero contravencional y de faltas, con la relevante intervención del Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial (DÍAZ, 2015, p. 41 y sig.) y en Colombia con la regulación del propio CPP, cuerpo en cuyo Libro VI, intitulado sugestivamente “Justicia Restaurativa”, se contemplan dos mecanismos: la conciliación preprocesal y la mediación. Y sin perjuicio que en el mismo CPP podrían hallarse otras manifestaciones de justicia restaurativa (CORONADO DÍAZ, 2014, p. 39-42), la mediación ha sido legalmente definida como

[...] un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta. (art. 523 CPP)

En Panamá se instituye la justicia restaurativa con la regulación positiva de la mediación como salida temprana (artt. 207 y sig. CPP) y en España, a propósito de la responsabilidad penal juvenil y con incipiente apertura en la responsabilidad penal de adultos. En este último país el art. 19 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de

menores, permite al juez declarar el sobreseimiento de la causa, previa solicitud del MF, cuando el menor responsable haya arribado a una conciliación con la víctima, o bien haya asumido el compromiso de reparar en su favor los daños causados por el delito, o bien se haya comprometido a cumplir una actividad educativa. A su turno la reciente modificación al art. 84.1 del Código Penal (CP) español permite la suspensión de la ejecución de una pena condicionada al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación (ARAN-GÜENA FANEGO, 2016, p. 177 y sig.).

En todos estos casos, antes que la aplicación de una pena se ha privilegiado el resarcimiento de los daños a la víctima o la satisfacción de alguna prestación en su favor o de la comunidad.

En suma, estos tres institutos, principio de oportunidad, acuerdos penológicos y mediación tienden a evitar la realización de un juicio penal, mas no soslayan la solución del conflicto material.

6 REALIZACIÓN TEMPRANA DE ACTOS PROPIOS DEL JUICIO: LA PRUEBA ANTICIPADA

Por diversas razones, pero todas ellas vinculadas con la eficiencia del proceso, suelen realizarse anticipadamente en la etapa de investigación o en la fase previa a la celebración de un juicio, actuaciones propias del mismo que incorporan figuras sujetas a contradicción y *adversarialidad* en sedes que naturalmente no respetan esos principios. Pensamos en la constante realización de las pruebas anticipadas.

Los ordenamientos procesales suelen contemplar la posibilidad que el MP y las partes soliciten la rendición de pruebas anticipadas, usualmente referidas a las pericias y las pruebas testimoniales, justificando que, previsiblemente a la hora del juicio, ya no se dispondrá de la fuente de prueba (*v.g.* art. 781.1, pf. 3°, LECrim). Esta posibilidad, que evita que las partes caigan en un defecto probatorio durante el juicio, provoca no menos de un problema. En lo que sigue identificaremos dos.

6.1 AISLAMIENTO DE LA PRUEBA

Toda actividad procesal de producción de prueba debe estar presidida por las reglas de contradicción y adversarialidad, respetando la igualdad de armas (formal y material), de suerte que las partes, enfrentadas a las pruebas, estén en condiciones de examinarlas y contra examinarlas en posición de igualdad, por lo que el principio de contradicción es inherente al derecho de defensa y esencial en la producción de la prueba, debiendo garantizarse incluso en los casos de prueba *preconstituida* y anticipada (JAÉN VALLEJO, 2000, p. 21 y sig.). Suele afirmarse, con mucha razón, que la actividad de investigación desarrollada durante la instrucción previa es solo una investigación del Fiscal destinada a formarse una convicción acusadora, de modo que no puede ser considerada prueba. Solo una vez agotada la investigación, ofrecida la prueba y superado el tamiz de pertinencia y legalidad, disponiendo todas las partes de la misma información (de ahí el sentido de la apertura de las investigaciones secretas cuando las hay en

nuestros modelos y el *discovery* en el modelo angloamericano), será en el seno del juicio que la prueba se produzca, pudiendo incluso interactuar unas con otras (las confrontaciones probatorias suelen darse en el juicio e incluso las llamadas pruebas sobre pruebas, cuando durante el desarrollo del mismo surgen dudas acerca de su autenticidad o veracidad). Esto no solo facilita que las partes puedan ejercitar adecuadamente sus exámenes e interrogatorios, sino que también el Tribunal de juicio pueda valorar conjuntamente la prueba.

Pero cuando se rinde anticipadamente una prueba ésta se produce aisladamente, en el seno de una fase no contradictoria, ante un juez que no se corresponde con el Tribunal de juicio, en muchas oportunidades estando la investigación aún inconclusa y sin que las partes puedan ejercitar mecanismos de confrontación con otras pruebas. Si se admite la rendición de prueba anticipada en investigaciones aún inconclusas las partes no podrán ejercitar correctamente su derecho de examen, defecto más grave que sufre aquella que no detenta la investigación oficial; y aunque en las investigaciones agotadas y cerradas este riesgo no existe, el producto de la prueba anticipada es un resultado aislado que difícilmente las partes podrán contrastar, haciendo uso de las técnicas de examen y contra examen, con las otras pruebas que en el futuro se rindan en el juicio.

6.2 JUEZ COMPETENTE PARA CONOCER DE LA PRUEBA ANTICIPADA

En los modelos que admiten anticipar la prueba el juez ante quien se rinde es el mismo que conoce de la fase de investigación, bien investigando (juez de instrucción) o bien controlando que no se vulneren las garantías de los justiciables (juez de garantías, *iudice per la indagine preliminare*), pero distinto, por respeto al principio acusatorio, del que conocerá del juicio. De esta suerte, el principio de identidad del juzgador se disocia: quien ha asistido a la producción de la actividad probatoria bajo reglas de *adversarialidad* y contradicción, carece de competencia como juez de adjudicación, y viceversa. Esto supondría pocos reparos si no advertimos que en mayor o menor medida los sistemas suelen dar a los jueces ciertas potestades para dirigir las interrogaciones, incluso interrogando por sí solos; pero lo que nos parece más riesgoso es que, por muchos recaudos tecnológicos que se adopten y aunque se relativice hoy el principio de inmediación, la falta de contacto directo entre el Tribunal de juicio y la fuente de prueba posiblemente afecte la calidad de los presupuestos de inmediación y los juicios inferenciales de la sentencia.

7 AFECTACIONES Y PUESTAS EN PELIGRO DEL PRINCIPIO DE LA CONTRADICCIÓN

Si bien nos hemos referido a los acuerdos penológicos en otra parte de este trabajo, no podemos dejar de observar que en todos ellos la ausencia de debate probatorio afecta la contradicción propia de un juicio. No obstante, esos institutos quedarán fuera de las reflexiones contenidas en este punto, pues acá se trata de resaltar las figuras que afectan o ponen en riesgo la contradicción durante la celebración de un juicio. Algunas veces estos atentados y riesgos

proviene bien de la propia actividad oficiosa del Tribunal o bien del ejercicio de alguna facultad que las partes pueden oponer a su contraria en la práctica de las pruebas.

Advertimos las siguientes tres figuras que ponen en riesgo la contradicción: facultades oficiosas del Tribunal en la práctica de las pruebas, facultades oficiosas del Tribunal en la configuración del objeto de proceso y la prescindencia de la declaración de testigos o peritos y su reemplazo por la lectura de las declaraciones previas o de los informes.

7.1 EL JUEZ DE JUICIO, LAS PRUEBAS Y LAS FACULTADES DE OFICIO

Hay modelos que permiten que el juez controle la actividad probatoria: al juez que conoce de la audiencia preliminar le corresponde verificar la pertinencia y licitud de la prueba, excluyendo las que estén viciadas por esos motivos (*v.g.* Chile), o bien permiten integrar la prueba, cuando noten algún defecto probatorio relevante en la actividad que se desplegará en juicio (*v.g.* Italia y las facultades de integración probatoria del juez de audiencia preliminar, *ex. artt.* 421 *bis* y 422 CPP). Se trata, empero, de la actividad de control desplegada por un juez que no conocerá del juicio penal.

En su rol de director del debate (que no de mero conductor), corresponde al juez de juicio asegurarse que la actividad probatoria se despliegue no solo respetando los “principios” de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción, sino también en igualdad de condiciones (paridad de armas), con respeto a la pertinencia y licitud de la prueba. Pero el rol activo del juez, que no es incompatible con un modelo adversarial, puede manifestarse poderosamente en los casos que al Tribunal de juicio le está dado intervenir directamente en el control de las pruebas que las partes han ofrecido, en la proposición de prueba y en la rendición de la misma, tres conductas que advertimos atentatorias del principio acusatorio y riesgosas de la imparcialidad del juzgador. Al respecto nos parece que la configuración del sistema del juicio ordinario español es muy riesgosa, pues permite al tribunal adjudicatario (Audiencias Provinciales y Juzgado en lo Penal) pronunciarse acerca de la procedencia legal de la prueba que deberá rendirse en juicio (*artt.* 659 y 785 LECrim). Dudamos que esto conlleve una mera apreciación formal; antes bien, una decisión fundada en cuanto a la pertinencia y licitud de la prueba exige del juez conocer su origen, contenido y aptitud probatoria. Entonces el riesgo de parcialidad ronda de cerca.

El mismo defecto de la LECrim puede predicarse de la facultad de las jueces de la Audiencia Provincial (AP) de decretar pruebas (*ex art.* 729), pues no habiendo participado en la instrucción —no es ésa su competencia funcional sino una muy distinta— mediante esta potestad no actúan sino controlando la actividad investigativa del juez de instrucción y del fiscal, acusando los defectos en la prueba que se ha ofrecido para el juicio. Por la vía indirecta de asumir un control de la aptitud probatoria del resultado de la investigación preliminar, los roles de investigar y sentenciar parecen acercarse peligrosamente.

Excursus: oralidad, inmediación y apreciación de la prueba. Estamos de acuerdo que la oralidad e inmediación no son ni por asomo un dogma en Derecho (¿es posible sostener la existencia

de dogmas en esta rama de las ciencias humanas?); así, tienen sentido las explicaciones de Lorenzo Bujosa en orden a desmitificarlas e incluso relativizarlas (BUJOSA VADELL, 2014, p. 47 y sig.). Sin embargo, insistimos que oralidad e intermediación son características del proceso (no vemos inconvenientes en sustraer a la oralidad e intermediación de la categoría de “principios”; bien podrían ser considerados caracteres que asumen el proceso) que, desarrollados a través del uso correcto de las técnicas de litigación, permiten un máximo rendimiento de la contradicción, la *adversarialidad* y el principio de identidad del juzgador.

Tratándose de uno de los medios de prueba más falibles, como la testifical, pensamos que la descripción de un juez atento más a los gestos del testigo que al contenido de su mensaje resulta algo caricaturesca; antes bien, si la neurociencia, la psicología, la psiquiatría, la antropología y la sociología forense tienen tanto que decir a propósito del lenguaje verbal y *para-verbal* de quienes nos comunicamos, el juicio contradictorio —salvando la tautología— con privilegio de la oralidad e intermediación nos parece la mejor sede tanto para que el juez conozca del material fáctico cuanto para que las partes controlen los posibles errores y distorsiones en la percepción del juez (CAROFIGLIO, 2010, p. 161 y sig.).

7.2 LA CONFIGURACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO PENAL Y LAS FACULTADES OFICIOSAS DEL TRIBUNAL DE JUICIO

El objeto del proceso penal es un tema de gran complejidad cuyo análisis escapa de estas líneas; sin embargo, es preciso resaltar dos caracteres: su configuración progresiva durante el proceso y su estrecha vinculación con las pretensiones que en él se hacen valer. La importancia del objeto es radical, pues determina la competencia funcional del Tribunal para conocer y resolver los asuntos que les son sometidos (LETELIER LOYOLA, 2009, p. 211 y sig.).

Refiriéndose al objeto del proceso penal, los sistemas que respetan el principio acusatorio adoptan un importante recaudo: el respeto a los lindes del proceso impone que se observe fielmente el principio de correlación entre acusación y sentencia, de suerte que ésta no puede resolver sobre hechos por los que no se ha acusado ni condenar a una persona distinta del acusado. Esto porque el objeto del proceso es un *factum* o situación de hecho concreta por la que se anhela la realización de la pretensión estatal por medio de la función de adjudicación. En los precisos términos de Jürgen Baumann:

Solamente para lograr se debe señalar que no interesa la consecuencia penal o la del derecho penal, sino únicamente, *su afirmación*. [...] en el proceso penal solo importan la afirmación de un hecho punible y el anhelo de que se realice la pretensión penal estatal. (BAUMANN, 1986, p. 278, destacado nuestro)

Refiriéndonos a las hipótesis de condena, los problemas aparecen cuando se arriba a resultados distintos de los previstos antes del juicio, pues más de una complejidad tiene que el tribunal adjudicatario asigne a los hechos una calificación jurídica distinta, o califique en forma

diferente que el acusador el *iter criminis* o la participación penal, o bien el mismo Tribunal advierta la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal no invocadas por la acusación; o bien que los hechos no han ocurrido precisamente como se detalla en la acusación, o más aún que existen otros hechos por lo que no se ha acusado y que, sin embargo, aparecen probados en el juicio.

Desde luego —*iura novit curia*— al Tribunal de juicio le está permitido efectuar una calificación distinta de los hechos, de la participación o del grado de desarrollo del delito, siempre y cuando el sustento fáctico aparezca de la prueba rendida en el juicio y, respetando la *adversarialidad*, las partes gocen de la oportunidad previa de efectuar sus alegaciones. Pero si reparamos en que cualquier mutación en la calificación jurídica implica necesariamente la construcción de un supuesto fáctico distinto —no hay tipos penales idénticos— y que el tribunal no queda vinculado a las alegaciones de las partes, es legítimo preguntarse si la actividad oficiosa del Tribunal de juicio pone en riesgo la configuración del objeto del proceso en su vertiente del respeto al principio de correlación entre acusación y sentencia.

Es cierto que la discrecionalidad del Tribunal de juicio para calificar en forma distinta no puede ser arbitraria, pues la doctrina procesal, alimentada por la jurisprudencia de los altos tribunales de justicia, ha elaborado criterios objetivos como el de la *homogeneidad de los tipos penales*, que parece ser útil para evitar que la recalificación *desconfigure* el objeto del proceso en fase de juicio (GIMENO SENDRA, 2012, p. 770 y sig.). En este curso de ideas, de acuerdo con opiniones muy autorizadas, se mantienen los límites de la correlación, desde el punto de vista objetivo, según Roxin, cuando permanece intacta “la sustancia del acontecimiento acusado” (ROXIN, 2000, p. 161), o “si se afirma la consecuencia penal de una situación de hecho determinada para la misma persona” (BAUMANN, 1986, p. 279), o cuando existe identidad total o parcial en los actos de ejecución descritos en el tipo penal y, aun, faltando ella, el bien jurídico protegido por los diversos delitos sea el mismo (GÓMEZ COLOMER et al., 1982, p. 102).

El tema delicado es que hablando de homogeneidad de tipos penales se puede llegar a diversos resultados: tipos homogéneos por similar modalidad comisiva, tipos homogéneos por compartir ubicación geográfica en el Código Penal, o tipos homogéneos por afectar al o a los mismos bienes jurídicos. Por lo mismo, la homogeneidad de tipos penales, aun para los solos efectos procesales de evitar la *desconfiguración* del objeto del proceso penal, debe ser objetivada por el legislador, pues la adopción de un criterio técnico objetivo como la afectación de un mismo bien jurídico igualmente genera dudas y confusiones (por ejemplo, en el caso de los delitos *pluriofensivos*).

Cerramos el punto afirmando que, si se trata de observar el principio acusatorio en su importantísima vertiente del respeto a la correlación entre acusación y sentencia, los modelos deben adoptar algunos recaudos: toda recalificación de tipo penal y circunstancias solo puede hallar su fundamento en la actividad probatoria desplegada por las partes en el juicio, bajo reglas de contradicción y *adversarialidad*; las partes deben ser informadas que el sentenciador

advierte posibles recalificaciones, gozando de la oportunidad de ser oídas sobre el punto. Considerando que la pretensión punitiva es ejercida por el o los acusadores, el Tribunal del juicio de primer grado no puede *ex officio* imponer un reproche penal más grave si aquéllos no adhieren a las recalificaciones propuestas por el mismo. Como corolario, en la fase de impugnación el respeto al límite *ne reformatio in peius* debe ser estricto.

7.3 LA PRESCINDENCIA DE LOS TESTIGOS Y PERITOS Y SU REEMPLAZO POR LA LECTURA DE DECLARACIONES ESCRITAS E INFORMES

Tratándose de la prueba de testigos y peritos el principio de contradicción se despliega cuando la parte que lo presenta y su contraria pueden examinarlos y contra examinarlos en la audiencia oral y pública. Se trata que las partes, haciendo uso de las herramientas de la litigación, puedan controlar la declaración de los testigos y peritos. Tan importante es la comparecencia personal de éstos en un juicio, que la ciencia forense ha desarrollado una rama propia, la psicología del testimonio, cuyos estudios resultan altamente recomendables para abogados y jueces.

Sin embargo, por diversas razones que apuntan casi todas a criterios de eficiencia, los ordenamientos permiten sustituir la comparecencia personal del testigo y del perito por la exhibición y lectura en el juicio de sus declaraciones e informes que constan en la investigación. Insistimos que acá se habla de reemplazo, para no confundir con las hipótesis en que es permitido a las partes confrontar al testigo o perito con su declaración escrita o su informe, para efectos de enfrentar un olvido (refrescar memoria) o evidenciar una contradicción. Estos casos, que suponen el uso de técnicas de litigación y que el Tribunal de juicio puede aceptarlas bajo el respeto de la contradicción, no suponen que se reemplace la declaración del testigo o perito; antes bien, permiten que éstos sean confrontados en juicio con una información que consta por escrito.

El reemplazo de las declaraciones tiene un riesgo evidente: es imposible examinar y contra examinar a un documento, de modo que en estos casos los buenos litigantes son privados de las herramientas para extraer la información de la fuente de prueba. Y muy grave resulta cuando por diversas razones y apelando la estandarización de cierta clase de informes periciales, se permite la presentación de los mismos como documentos en un juicio, sin que el perito declare ni sea examinado sobre cuestiones tan relevantes como el objeto de la pericia, las técnicas utilizadas, la metodología, los objetivos y las conclusiones, sus calidades y aptitudes técnicas y su interés en los resultados del proceso, cuestiones todas que los litigantes deben estar en condiciones de poder controlar a través de las examinaciones orales y los jueces en condiciones de apreciar por sus sentidos. En los sistemas acusatorios la necesidad que el perito sea examinado y *contra examinado* por las partes en juicio se explica por el cambio de paradigma del “perito auxiliar del juez” al “perito de confianza de la parte” (DUCE, 2013, p. 39 y sig.).

Decíamos que apelando a razones de eficiencia algunos ordenamientos se decantan por permitir la incorporación del documento de peritaje prescindiendo de la declaración del perito,

pues en algunas latitudes los expertos en determinadas ciencias y técnicas de investigación son escasos, de forma que su comparecencia personal es muy dispendiosa. En estos casos el auxilio de la tecnología no debe descartarse, pues el correcto uso de la videoconferencia —rodeada de garantías que aseguren la contradicción e igualdad de armas— es una vía idónea para salvar esa clase impedimentos.

Pero además los criterios de eficiencia obedecen a otros fundamentos, como la estandarización de algún tipo de prueba pericial realizada por organismos del Estado (v.g. algunas pericias científicas de ADN y toxicológicas), pues se entiende que si el resultado de tales investigaciones científicas proviene de procesos objetivados según una determinada *lex artis*, aquéllos son confiables, carácter del que además gozan por provenir de organismos pertenecientes a la propia Administración. Empero, asignarle a la pericia oficial un estatuto de superioridad científica (y superioridad epistémica) por el solo hecho de ser institucional es un error (VÁSQUEZ ROJAS, 2015, p. 139).

Hay otras objeciones que nos parecen evidentes. Por una parte, es una cualidad propia de toda prueba pericial ajustarse a un proceso estandarizado según la *lex artis* de la ciencia o arte que corresponda, de modo que aquel resultado que no satisfaga tales estándares no puede considerarse pericia. Con ese predicamento planteamos una segunda objeción: si se argumenta que algunas pruebas periciales están absolutamente estandarizadas, pues bien, no se ve razón para que la partes y el Tribunal no controlen en juicio, bajo reglas de contradicción y respetando la igualdad de armas, que tales estándares han sido efectivamente observados. A propósito, con su habitual ciencia, Michele Taruffo llama la atención sobre la crisis del “mito de la infalibilidad de la ciencia”, resaltando la función del juez en la “valoración crítica de la validez metodológica” de la llamada *prueba científica*. Entre éstas, el test de ADN, que goza de tanta aceptación en la comunidad jurídica como “regla áurea” de las pruebas, está sujeto a una serie de condiciones de validez, relacionadas con la calidad, obtención y conservación del material genético, el procedimiento técnico y los estándares de calidad del personal y del laboratorio que lo practica. Lo mismo con la prueba que se derive de los cálculos estadísticos, pues es claro que el resultado, amén de requerir una serie de cálculos correctos, depende también de la correcta recopilación de datos. Afirma el prestigioso profesor de Pavia:

Que el juez deba operar como *peritur peritorum* —por usar la fórmula tradicional— significa que el juez debe controlar esto que el experto ha hecho, con la finalidad de verificar la validez y la credibilidad del resultado que deriva de la prueba científica. [...] Por decirlo con una fórmula sintética, el juez no debe transformarse en un científico (cosa que lo transformaría en un *apprenti sorcier* de lo cual verdaderamente no se siente la necesidad), pero debe operar como un epistemólogo, es decir, como un sujeto que verifica la validez del método con el cual han estado uniendo determinados resultados probatorios. (TARUFFO, 2012, p. 38-41)

Insistimos en el respeto a la igualdad de armas, pues parece a todas luces coherente con la garantía del debido proceso que las partes puedan presentar en juicio pericias privadas y confrontarlas a su turno con las que provienen de organismos de la Administración.

Una tercera objeción nos parece aún más poderosa: es muy difícil que un método científico por muy estandarizado que se encuentre de acuerdo con la respectiva *lex artis* puede controlar, por sí solo, que el objeto de la pericia haya sufrido intervenciones, alteraciones o mutaciones en sus cualidades y medidas; pensamos, por ejemplo, en el complejo problema del respeto a la cadena de custodia cuando las evidencias sobre las que recaerá la pericia son transportadas a sitios muy alejados de su origen. En estos, como en cualquier otro en que existan complejas cadenas, es preciso controlar con mayor acuciosidad, el “historial” de la cadena de custodia, pues bien sabemos que cualquier contaminación de la evidencia puede arrojar resultados desastrosos. El mejor control no es sino el que se practica por las partes, ante el Tribunal, bajo reglas de contradicción, pues durante la fase de instrucción o investigación el proceso tiene fuertes rasgos inquisitoriales con sacrificio del contradictorio y la garantía de la igualdad de armas (JAÉN VALLEJO, 2000, p. 26).

CONCLUSIONES

- 1) No solo el juicio jurisdiccional es la vía reconocida por los ordenamientos procesales para solucionar o poner fin al conflicto jurídico penal. El diseño de los sistemas, por razones de eficacia, economía, sustentabilidad, rentabilidad social e incluso proximidad y humanización de la justicia, contemplan diversas vías más o menos alternativas el juicio (en el sentido de proximidad conceptual) que evitan realizar.

La circunstancia que varias de estas vías distintas al juicio no revista, precisamente, la forma de un juicio jurisdiccional, conduce a preguntarse si a su respecto son exigibles los estándares que se han definido y acordado como integrantes de un proceso con todas las garantías. La respuesta debe ser afirmativa, puesto que el imperativo que manda: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley...” (artt. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos) está dirigido al Estado suscriptor, que debe garantizar que tales derechos se concreten en todas y cada una de las formas de respuesta jurisdiccional que ponga a disposición de los justiciables.

- 2) Con tal predicamento, es necesario que el principio de oportunidad sea utilizado racionalmente bajo criterios objetivos, de fuente legal, conocidos por los justiciables y bajo el control jurisdiccional, pues esta forma de control es la forma que permite al Estado *jurisdicente* mantener por un buen y adecuado cauce el ejercicio del *ius puniendi*. A su turno,

los acuerdos penológicos, cualesquiera sean las nomenclaturas y procedimientos que los estructuren, deben observar reforzadas garantías que eviten la trasgresión de los derechos de defensa del acusado, pues tales negociaciones importan una renuncia a un juicio oral, garantizado por ley, y una afectación al derecho a no declarar contra sí mismo.

Por su parte la mediación penal es una herramienta que no ha de ser desdeñada, puesto que el proceso de mediación y el resultado a que se arriba pueden causar efectos (externalidades) positivos en la casual relación entre víctima y ofensor: la justicia restaurativa y la resocialización, efectos no esperables ni del proceso penal ni de la pena aplicada a su término. Sin embargo, el Estado no puede estar ausente en el proceso mediador, sino que debe crear los procedimientos y las garantías para que los interesados puedan desarrollarlo en determinadas condiciones favorables a un resultado positivo.

- 3) No solo la prescindencia del juicio oral es un fenómeno actual y en desarrollo que podría ponerlo en crisis; también hallamos en el panorama iberoamericano una serie de institutos que ponen en riesgo una cualidad esencial para que el juicio jurisdiccional se desarrolle: la contradicción. Solo el respeto del derecho a contradecir (*audiatur et altera pars*), que tiene cobijo en la estructura dialéctica y dialógica del proceso, puede garantizar no solo la calidad del material fáctico de que dispondrá el juzgador, amén de la riqueza de las argumentaciones la excelencia de los argumentos contenidos en las motivaciones de la sentencia, sin que también, desde el punto de vista de los justiciables, la legitimidad del proceso y de la voluntad jurisdiccional.

Cada vez que la aplicación de los institutos como la prueba anticipada, la prueba de oficio y la lectura de los registros de la investigación gana espacio en desmedro de la contradicción y el debate *adversarial*, se pone en entredicho también el derecho a ser oído y con las debidas garantías.

REFERENCIAS

ANGULO GONZÁLEZ, Guillermo. *La justicia restaurativa en el nuevo sistema procesal penal Ley 906 de 2004*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.

ARANGÜENA FANEGO, Coral. Protección y reparación de la víctima tras las reformas procesales penales de 2015. En: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume (Dir.). *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*. Barcelona: Atelier, 2016. p. 177-195.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *Sistemas procesales Penales. La justicia penal en Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Trad. C. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986.

BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

BUJOSA VADELL, Lorenzo. *De Iudicio Variaciones en torno a la potestad y al acto de juzgar*. Universidad de Salamanca – Universidad Pontificia de Salamanca, 2014.

CABEZAS, Carlos. El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado. *Revista de Derecho*, año 20, n. 2, p. 85-120, 2013.

CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen. La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre. *La Ley*, n. 2, 1990.

CAROFIGLIO, Gianrico. *El arte de la duda*. Trad. Luisa Juanatey. Madrid: Marcial Pons, 2010.

CORONADO DÍAZ, Javier. *Hacia el arbitraje de causas penales en Colombia*. Bogotá: Ibáñez, 2014.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Principios fundamentales del derecho procesal penal*. Bogotá: Ibáñez, 2012.

DÍAZ, Pablo. Algunas particularidades de la mediación penal. En: CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. *El Proceso de Mediación en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Miradas desde el Centro de Mediación del Consejo de la Magistratura de la CABA. Buenos Aires: Jusbares, 2015. p. 41-52.

DUCE, Mauricio. *La prueba pericial*. Buenos Aires: Didot, 2013.

DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristián. *Proceso penal*. Santiago de Chile: Jurídica, 2007.

GALDAMEZ ZELADA, Liliana. Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. *Revista Chilena Derecho*. v. 34, n. 3, p. 439-455, 2007.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1981.

_____. *Derecho procesal penal*. Navarra: Aranzadi, 2012.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis et al. *Derecho jurisdiccional*. 7. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1982. v. III.

GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo; CASTRO CABALLERO, Fernando. *Preacuerdos y Negociaciones en el proceso penal acusatorio colombiano*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2010.

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio. *Manual de procedimiento penal acusatorio*. Bogotá: Leyer, 2014.

GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*. Trad. M. Polaino Navarrete y otros. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2007. t. I.

JAÉN VALLEJO, Manuel. *Los principios de la prueba en el proceso penal*. Bogotá: U. Externado de Colombia, 2000.

LETELIER LOYOLA, Enrique. Los principios del proceso penal relativos al ejercicio de la acción y la pretensión: reflexiones y críticas a la luz de algunos ordenamientos vigentes. *Revista de Derecho*, año 16, n. 2, 2009.

_____. ¿Es tiempo de revisar las funciones de la audiencia preparatoria del juicio oral en el ordenamiento procesal penal chileno? En: UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO. *Actas del Congreso Internacional de Derecho en Homenaje al Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*. Valparaíso: Edeval, 2012. t. IV.

MAIER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (Coord.). *Las reformas procesales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal. Fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

NEIRA PENA, Ana María; FERREIRO BAHAMONDE, Xulio. Las partes acusadoras. En: NIEVA FENOLL, Jordi; BUJOSA VADELL, Lorenzo (Dir.). *Nociones preliminares de derecho procesal penal*. Barcelona: Atelier, 2016. p. 49-55.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Euros, 2012.

NIEVA FENOLL, Jordi; BUJOSA VADELL, Lorenzo (Dir.). *Nociones preliminares de derecho procesal penal*. Barcelona: Atelier, 2016.

OLÁSULO, Héctor; GALAIN, Pablo. La influencia en la Corte Penal Internacional de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas. En: AMBOS, Kai et al. (Edit.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2010. p. 379-426.

RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de. *La retribución penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1995.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. G. Córdoba y D. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

RUSCONI, Maximiliano. *Nuevo proceso penal, garantías constitucionales y mínima intervención*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

TARUFFO, Michele. La ciencia en el proceso: problemas y perspectivas. En: RÚA, Mónica María Bustamante (Coord.). *Derecho probatorio contemporáneo*. Prueba científica y técnicas forenses. Universidad de Medellín, Medellín, 2012.

VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

VOLK, Klaus. *Curso fundamental de derecho procesal penal*. Trad. 7. ed. alemana Alberto Nanzer y otros. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.

Enrique Letelier Loyola

PROFESOR ADJUNTO DE DERECHO PROCESAL EN LA ESCUELA DE
DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO (CHILE). DOCTOR
EN DERECHO POR LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (ESPAÑA),
MENCIÓN *DOCTOR EUROPEUS*.

enrique.letelier@uv.cl